

El concebido no nacido

The unborn conceived

por

JOSÉ MARÍA TRINCADO AZNAR

Doctor en Derecho. Abogado

RESUMEN: La civilización occidental se funda en la noción de persona, concepto nuclear y central del Derecho civil que aborda la misma desde su nacimiento, y aun antes, hasta la muerte y aun después. Los problemas jurídicos que plantea dicho ser humano en el periodo que media entre su concepción y su nacimiento son numerosos y si bien los artículos 29 y 30 del CC abordan la adquisición de la personalidad civil y, de modo incompleto, el estatuto jurídico del *nasciturus*, dichos preceptos, así como los artículos 959-967 CC, están pensados principalmente para abordar los intereses hereditarios del *nasciturus* y, en particular, los derechos del hijo póstumo en la herencia paterna. Así todo, la doctrina y la jurisprudencia han hecho un esfuerzo por completar el estatuto jurídico del *nasciturus* aplicando el principio «*pro iam nato habetur*» contenido en el inciso segundo del art. 29 CC no solo al ámbito patrimonial. A la aplicación de dicho principio a prácticamente todos los ámbitos del derecho civil (persona, familia, sucesiones, contratos etc.) hemos dedicado este trabajo.

ABSTRACT: *Western civilisation is founded on the notion of the person; a core and central concept of civil law, which encompasses since birth, and even before birth, until death and beyond. The legal problems posed by such a human being in the period between conception and birth are numerous. Although articles 29 and 30 CC deal with the acquisition of civil personality and, incompletely, with the legal status of the *nasciturus*, these precepts, as well as articles 959-967 CC, are mainly designed to deal with the inheritance interests of the unborn child and, in particular, the rights of the *nasciturus* in the paternal inheritance. However, doctrine and jurisprudence have endeavoured to define the legal status of the *nasciturus* by applying the principle “*pro iam nato habetur*” contained in the*

second paragraph of art. 29 CC beyond the sphere of the estate. We have applied this principle to practically all areas of civil law (personal, family, inheritance, contracts, etc.) in this work.

PALABRAS CLAVE: Nasciturus, póstumo, personalidad civil, persona

KEY WORDS: *Nasciturus, civil personality, person, unborn conceived*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA ADQUISICIÓN DE LA PERSONALIDAD CIVIL: 1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA: ¿ÚNICA O MÚLTIPLE? 2. LA ADQUISICIÓN DE LAS DIVERSAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EN EL ÁMBITO CIVIL, PROCESAL Y PENAL. 2.1..Adquisición de la personalidad jurídico civil. 2.2. Adquisición de la personalidad jurídica procesal. 2.3. Adquisición de la personalidad jurídica penal.— III. LOS EFECTOS FAVORABLES PARA EL CONCEBIDO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ESFERAS DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CIVIL DEL CONCEBIDO NO NACIDO. 2.1.. *Negocios jurídicos a título oneroso.* 2.2.. *Negocios jurídicos a título gratuito.* 2.2.1. La aceptación de las donaciones al concebido. 2.2.2. El nasciturus en la revocación de donaciones por superveniente de hijos. 2.3. *Derechos sucesorios.* 2.4.. *El nasciturus como beneficiario de indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil:* 2.4.1. Indemnizaciones de daños y perjuicios al nasciturus por daños médicos 2.4.1.1. La procreación irresponsable. 2.4.1.2. Los daños ocasionados al nasciturus por una defectuosa asistencia en el momento del parto. 2.4.1.3. Daños personales asociados a diagnósticos prenatales y demandas indemnizatorias de los progenitores, en su propio nombre o en el de su hijo: acciones «*wrongful birth*» y acciones «*wrongful life*». 2.4.2. Resarcimiento de daños morales al concebido por accidentes de circulación. 2.5. *El nasciturus en los procedimientos judiciales de separación, divorcio y guarda y custodia.* 2.6. *El nasciturus y las medidas jurídicas de protección de los menores.* 2.6.1. La adopción del nasciturus. 2.6.2. El acogimiento del nasciturus. 2.7. *El nasciturus en los procesos de filiación.* 2.7.1. Acción de reclamación de la filiación. 2.7.2. Acción de impugnación de la filiación. 2.8. *El nasciturus y la adquisición de la nacionalidad española de origen.*— IV. CONCLUSIONES.— V. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCIÓN.

El problema de la noción jurídica de «*persona*» tiene —en palabras de LEGAZ LACAMBRA— «*el interés intrínseco de constituir uno de los temas más importantes de la ciencia y la filosofía del derecho*» (1951:15 y 1960:107). En efecto, no es que el concepto de persona sea un tema importante, sino que es el tema esencial y básico del Derecho, hasta tal punto que ha podido afirmarse con acierto

que «*la civilización occidental se funda en el concepto de persona*» (RIBAS ALBA, 2011:449). Y, por ello, no es de extrañar la enorme discusión científica a la que ha dado lugar. Y es que como señala DE CASTRO «*el valor central que por sí tiene la persona en el Derecho Privado explica la confusión y falta de claridad de su concepto en la doctrina pues necesariamente han de repercutir sobre él las distintas concepciones de la vida*» (1984:20).

Destacaba, con razón, SENTÍS MELENDO que «*desde el nacimiento y aun antes, hasta la muerte y después de ella, se transita jurídicamente*» (SENTÍS, s.f.X). Sin embargo, dicho tránsito jurídico del ser humano antes del nacimiento plantea especiales problemas jurídicos porque no hay consenso sobre cuándo se puede considerar que se pertenece a la especie humana y, en consecuencia, se es persona: ¿desde la concepción o desde el nacimiento?¹. En todo caso, en este trabajo nos limitaremos al análisis de la regulación contenida en los artículo 29 y 30 CC, así como al tratamiento que ha recibido el *nasciturus* por parte de nuestra jurisprudencia civil no siendo pretensión del mismo reflexionar sobre el tratamiento constitucional de problemas, sin duda más relevantes pero ajenos al Derecho Civil, como son los relativos a la consideración jurídica del *nasciturus* como vida humana y como persona².

II. LA ADQUISICION DE LA PERSONALIDAD CIVIL

1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA: ¿ÚNICA O MÚLTIPLE?

Comienza afirmando el art. 29 del CC que «*el nacimiento determina la personalidad*» exigiendo el art 30 que dicho «*nacimiento [sea] con vida*» y que se produzca el «*entero desprendimiento del seno materno*». Por tanto, dichos preceptos anudan la adquisición de la personalidad al momento del corte del cordón umbilical, en atención al necesario desprendimiento por entero del feto del seno materno que exige el art. 30 *in fine* CC. En todo caso, la expresión de que el nacimiento con vida determina la adquisición de la personalidad contenida en dichos dos preceptos debe interpretarse de acuerdo con un criterio sistemático en atención al texto en que está ubicado y así entender que se refiere solo a la personalidad jurídico civil. Y es que, aunque es cierto que la doctrina mayoritaria tradicional considera que la personalidad jurídica es única³, dicha concepción no es ya sostenible porque si bien la persona es una y la personalidad es una, su manifestación en el Derecho (su personalidad jurídica) puede ser múltiple y adoptar diversas formas y requisitos de adquisición según el sector del ordenamiento en el que nos encontremos. A favor de dicha tesis cabría esgrimir, además de los antecedentes histórico-legislativos⁴, que aquellos artículos —el 29 y 30— se hallan en un Código CIVIL⁵ y, *a fortiori*, están ubicados sistemáticamente dentro del

Título denominado «*Del nacimiento y la extinción de la personalidad CIVIL*» lo que presupone, a contrario, la posible existencia de otra personalidad jurídica no-civil. El CC, en fin, ni regularía ni debería hacerlo la personalidad jurídica primaria y sí sólo la personalidad jurídica civil⁶.

2. LA ADQUISICIÓN DE LAS DIVERSAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EN EL ÁMBITO CIVIL, PROCESAL Y PENAL

La teoría que se sostiene la pluralidad de personalidades jurídicas ha recibido consagración legal por dos vías: la aprobación de la LEC y la doctrina penal sobre el nacimiento, doctrinas ambas que anticipan a un momento previo al indicado en los artículos 29 y 30 CC la adquisición de la personalidad en sus respectivos ámbitos. Veamos pues, con más detalle, cuándo se adquiere la personalidad jurídico civil, cuando se adquiere la personalidad jurídico procesal y cuando la personalidad jurídico penal.

2.1. *Adquisición de la personalidad jurídico civil*

Como decimos, viene regulado por los artículos 29 y 30 CC. Aquel conserva su redacción original de 1889, pero este fue modificado por la disposición final 3.^a de la Ley 20/2011, de 21 de julio. Veamos la evolución de este último precepto, porque a las diversas manifestaciones del principio «*pro iam nato habetur*» contenido en el art. 29 CC dedicaremos la segunda parte de este trabajo.

1. La redacción original del art 30 CC. Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 20/2011 en el art. 30 CC, dicho precepto señalaba que «*Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.*» Por tanto, dicho precepto exigía, en la redacción ya derogada, dos requisitos para poder reputar nacido al *nasciturus*: la figura humana y la vida independiente durante 24 horas. El primero de dicho requisitos —figura humana— era heredero de nuestro Código de Partidas y este, a su vez, del Derecho Romano, y negaba personalidad civil al nacido con apariencia externa no humana [fetos acéfalos, bicéfalos hemicéfalos, cíclopes] (DE CASTRO, 1984: 105). El segundo requisito —supervivencia del nacido durante 24 horas— fue fuertemente rebatido por nuestra mejor doctrina civil ya que, señalaba ALBALADEJO, desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro (1997:166-191) y ello porque, a juicio de dicho autor, la redacción original del art 30 CC no solo era contrario al principio de dignidad de la persona consagrado en el art. 10 CE, sino que, además, había sido derogada por el art. 24.II del Pacto internacional de

derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York el 19-12-1966 (instrumento de ratificación de España publicado en el BOE 30-4-1977) así como por el art 7,1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20-11-1989 (instrumento de ratificación de España publicado en el BOE de 31-12-1990) que disponen que: *«todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento...»*, debiendo recordar que dichos tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, pasaron a formar parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE) así como que, por imperativo del art 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

2. La redacción vigente del art 30 CC. A fin de adaptar nuestra legislación civil a dichos instrumentos internacionales suscritos por España y haciéndose eco de la doctrina crítica vertida por ALBALADEJO a la redacción original del art 30 CC, la Ley 20/2011, de 21 de julio da nueva redacción a dicho precepto eliminando dichos dos requisitos (la figura humana y la «viabilidad legal» representada por la supervivencia del nacido durante 24 horas) señalando ahora que *«la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno»*. Actualmente, por tanto, dicho precepto subordina la adquisición de la personalidad jurídica civil exclusivamente al nacimiento con vida (ya no se precisa que el nacido sobreviva 24 horas, sino que, con un solo segundo, basta) y que se produzca *«el entero desprendimiento del seno materno»*, lo que tiene lugar cuando el feto se separa de su madre mediante el corte del cordón umbilical. La nueva redacción del artículo 30 CC responde al principio, dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, de *«la consideración de la naturaleza humana, desde que la mujer da a luz, de todo recién nacido vivo, sea cual sea su aspecto y viabilidad biológica»* (2011:280).

Para adecuar la nueva regulación de la adquisición de la personalidad civil al Registro civil dispone el art. 44.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que *«son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el art. 30 CC»* por lo que será suficiente para inscribir al recién nacido que este nazca con vida, aunque sobreviva un solo segundo —ya no, por tanto, 24 horas— desprendido del seno materno. A la luz del actual art. 30 CC es preciso reinterpretar otros artículos del Decreto de 14-11-1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil [en adelante, RRC] en los que se realiza alusión directa o indirecta al derogado plazo de 24 horas de viabilidad debiendo entenderse derogada tal referencia al plazo: así, por ejemplo, debe entenderse abrogado el art. 171 RRC cuando señala que *«se entiende por criaturas abortivas las que no reúnen las circunstancias exigidas para que un*

*feto se repute nacido, a los efectos civiles»; el art. 174 RRC al regular al legajo de abortos; el art. 165 RRC que señala que «*la inscripción en virtud de declaración formulada antes de que el feto viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno se convalidará acreditando, en expediente, la supervivencia a dicho plazo»*; o finalmente el art. 74 RRC cuando alude a que «*el acta de nacimiento que se levanta antes de las 24 horas del hecho, porque el viaje durante el cual ocurre ha de terminar antes o porque concurren circunstancias que impiden la demora, se harán constar las horas del nacido y las circunstancias de urgencia que concurren»*.*

Finalmente señala el art 44.2 LRC que «*la inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento»*. Tal inscripción es, por tanto, la prueba principal y oficial del nacimiento de una persona, pero ello no significa que tal asiento de inscripción sea requisito para adquirir la personalidad por lo que, por un lado, aunque falte tal asiento, podrá probarse la adquisición de la personalidad por cualquier medio admitido en derecho acreditando la concurrencia de los requisitos del art 29 y 30 CC (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2011:282) y, por otro lado, aunque exista dicha inscripción no por ello la misma otorga personalidad a quien carece de ella de acuerdo con dichos preceptos (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013:527) pudiendo dicho asiento rectificarse en virtud de resolución judicial firme (art. 90 LRC) o por procedimiento registral en los supuestos previstos en el art. 91 LRC.

2.2. Adquisición de la personalidad jurídica procesal

El art. 6. 2.^º LEC reconoce al «*concebido no nacido*» capacidad para ser parte sin condicionar dicha capacidad al nacimiento con los requisitos del art. 29 y 30 Cc. Como señala ALISTE SANTOS, aunque algunos tempranos comentarios a la LEC 1/2000 han querido ver en su art. 6.1.2^º un fiel reflejo y simple continuismo del art. 29 del CC lo cierto es que el tenor de ambos artículos es distinto (2011:130). Así, señala dicho autor, ya no se condiciona la protección del concebido al hecho posterior del nacimiento, ni se hace equivaler la posición jurídica del *nasciturus* a la del nacido por lo que el concebido cuenta con amparo jurídico inmediato de sus intereses pudiendo ejercitar pretensiones en defensa de los mismos, cualquiera que sea el momento, ante los órganos jurisdiccionales civiles (2011:132). Ambos artículos no son incompatibles entre sí. El art. 6 LEC no ha derogado el art. 29 CC porque, interpretando conjuntamente ambos, resultará que la norma procesal ofrece posibilidad de tutela jurídica efectiva al concebido y el art. 29 CC consolida los eventuales derechos adquiridos gracias a esa tutela durante la concepción, impidiendo que sigan a merced de toda contingencia y dándoles la firmeza típica de todo derecho subjetivo perteneciente a la persona

física (2011:134). De este modo, la novedad fundamental que aporta la LEC al regular la capacidad para ser parte del concebido es la falta de condicionamiento de esa capacidad; una novedad legislativa que tiene consecuencias extraprocesales: la protección *per se* del concebido (2011:136).

Por tanto, por disposición de ley (en concreto, del art. 6.1.2 LEC), el concebido tiene capacidad jurídica procesal (i.e. capacidad para ser parte) y ello implica o presupone, puesto que capacidad jurídica es sinónimo de personalidad jurídica, tener personalidad jurídica (procesal) y ser, para el Derecho Procesal, persona⁷. Incluso cabría argumentar que la nueva LEC de 2000 habría derogado tácitamente el art. 29 CC si bien dado el tenor del reformado art. 30 CC poco habríamos logrado⁸.

2.3. Adquisición de la personalidad jurídica penal

La doctrina penal señala que «*a efectos penales no hay más concepto de nacimiento que el natural: basta y sobra con haber nacido para obtener la tutela jurídica, aunque no se den los requisitos que el CC exige para ser persona*» (CARBONELL MATEU, 2016:42) de modo que la Sala Segunda del TS [STS 22/01/1999, (TOL5.134.742)] considera que:

«*el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. No existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el CC, la delimitación, a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona. Lo que no cabe duda es que la conceptuación de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, integridad física y salud que proclaman los art. 15 y 43 CE. El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el CP. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una persona*».⁹

Congruentemente, señala dicha Sala de lo Penal como momento del nacimiento el del principio del parto incluso adelantando éste a la fase de dilatación y comienzo de las contracciones sosteniendo que la muerte durante el parto no será aborto sino homicidio porque se considera persona y no feto al ser humano ya formado cuyo nacimiento se ha iniciado¹⁰. Así, puede afirmarse que la personalidad jurídico penal comienza en un momento distinto que la personalidad jurídico civil: aquella en el momento de las contracciones y de la fase de dilatación; esta en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero

desprendimiento del seno materno, es decir en el momento del corte del cordón umbilical (art. 30 CC). Ello provoca innegables distorsiones jurídicas por la «*sutilezas del tiempo jurídico*» o «*segundo jurídico*» del que ha hablado la doctrina; distorsiones que provocan manifiestas injusticias porque, un segundo antes de las contracciones, la mujer que, sin hallarse en ninguno de los supuesto permitidos por la ley, termine voluntariamente con la vida del *nasciturus* que acoge en su seno será condenada a una simple multa de 15 a 24 meses (art. 145.2 y 3 CP), pero si ese acto se produce un solo segundo después de las contracciones podría llegar a ser condenada por la comisión de un delito de asesinato.

III. LOS EFECTOS FAVORABLES PARA EL CONCEBIDO

1. INTRODUCCIÓN

Afirma el inciso segundo del art. art 29 CC que «*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*» (es decir siempre que nazca con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno). Recoge dicho inciso el principio enunciado por la jurisprudencia clásica romana de retroacción al concebido no nacido de los efectos que le sean favorable («*conceptus pro iam nato habetur*»)¹¹ siempre que llegue a nacer con las condiciones que exige el art 30 CC. Como señala GUTIÉRREZ SANTIAGO no se trata de que al concebido se le considere jurídicamente persona desde el instante de la concepción, sino que, para el caso de que nazca con los requisitos del art. 30 CC, se le tiene por nacido («*pro iam nato habetur*»), en lo que le beneficie, desde que fue concebido, retrotrayéndose los derechos del nacido a la fecha de su concepción (2013:486). De este modo, sigue añadiendo dicha autora, ante la esperanza de que el concebido llegue a ser persona, lo que sucederá si nace con vida independiente, el inciso segundo del art 29 CC permite, con una operatividad semejante a la de la condición suspensiva, colocar en situación de pendencia durante la gestación todas los derechos y relaciones jurídicas favorables para el concebido arbitrando la ley medidas de cautela (así, los arts. 959 a 967 regulan una serie de «precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta») y, de este modo, únicamente si el concebido llega a nacer con los requisitos del art. 30 CC hará suyos los bienes y derechos que le sean favorables «*retroactivamente —como si verdaderamente hubiese sido persona durante la gestación*» (2013:486).

El principal problema de dicho inciso segundo del art. 29, como puede verse, es la interpretación que ha de darse a la expresión legal «*para todos los efectos que le sean favorables*» siendo una cuestión que está lejos de ser pacífica no solo en la doctrina sino también en nuestra jurisprudencia. Podemos distinguir en di-

cha expresión un elemento subjetivo (¿quién es el destinatario de dichos efectos favorables?) y un elemento objetivo (¿qué ha de entenderse por favorables?):

1. Elemento subjetivo. En una primera aproximación a la expresión legal «*para todos los efectos que le sean favorables*» podemos señalar que los efectos han de ser favorables para el concebido y no para un tercero (así se deduce del pronombre «*le*» que emplea dicho artículo)¹² aunque no han faltado autores que, en posición minoritaria, han defendido una interpretación amplia de dicho precepto sobre quién ha de ser el beneficiario de dichos efectos¹³, así como jurisprudencia minoritaria que, destaca GUTIÉRREZ SANTIAGO, en ocasiones con el argumento del beneficio indirecto del *nasciturus*, terminan por atribuir derechos a sus progenitores (2013:488, con cita en nota 29 de numerosa jurisprudencia).

2. Elemento objetivo. Siguiendo con la interpretación de la expresión «*efectos favorables*» del art. 29 CC señala la doctrina que es común afirmar que por efecto favorable se entiende la facultad general de adquirir derechos (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013:489) no considerándose favorable para el concebido la celebración de un contrato oneroso —por grande que fuera la expectativa de ganancia—, porque implica la asunción de obligaciones a cargo del *nasciturus* (DE CASTRO, 1984: 126; VENTOSO ESCRIBANO, 1989: 71). En todo caso, es preciso analizar casuísticamente y en diversos ámbitos del derecho privado la transcendencia y eficacia de la retroacción de los efectos favorables al concebido que llegue a nacer con las condiciones del art. 30. A ello dedicaré el próximo epígrafe.

2. ESFERAS DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CIVIL DEL CONCEBIDO NO NACIDO

2.1. *Negocios jurídicos a título oneroso.*

El CC hace referencia y protege al *nasciturus* esencialmente en el ámbito sucesorio (arts. 29 y 959 ss. CC) y en las donaciones realizadas a un concebido, que puede ser aceptada por quienes lo representarían si hubiera nacido (art. 627 CC). Fueras de estos dos supuestos el CC guarda silencio y habrá que acudir al art. 29 CC para conocer si cabe representar al *nasciturus*, si puede otorgarse un contrato en nombre de él y si dicho contrato puede ser un contrato oneroso.

En cuanto a la primera pregunta, el *nasciturus*, por imperativo de los arts. 29 y 30 CC, carece de personalidad jurídico civil hasta su nacimiento y entero desprendimiento del seno materno por lo que, en el ámbito civil, comparto la posición de VENTOSO ESCRIBANO de que no es fácil admitir que el padre represente al hijo pues falta el elemento subjetivo ya que aún no existe un ser con personalidad civil al que representar (1989:71). Por otro lado, como señalaba DE CASTRO, la mecánica de la protección del concebido y de la representación legal son distintas porque por la representación legal el patrimonio del incapaz de obligarse

responde por los actos del representante; el concebido, por contra, carece de un patrimonio hasta su nacimiento y la especial protección que se le concede es para reparar su falta de personalidad jurídica civil (1984:126). Esta es la solución, por otro lado, más respetuosa con el art. 7 LEC que señala que por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido¹⁴.

En cuanto a la expresión «*efectos favorables*» del art. 29 CC aplicada a los negocios jurídicos a título oneroso, señala la doctrina que es común afirmar que por efecto favorable se entiende la facultad general de adquirir derechos no considerándose favorable para el concebido, como dijimos, la celebración de un contrato a título oneroso ya que conlleva la asunción de obligaciones a cargo del *nasciturus*. Por tanto, los padres no podrán adquirir ni enajenar ninguna clase de bien en representación del *nasciturus* puesto que no son sus representantes y puesto que el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica civil que le permita ser titular de bienes. Y, en consecuencia, si un sujeto intenta representar a un *nasciturus* su actuación es equiparable a la del representante que actúa en nombre de alguien que no le ha conferido la representación o a la del mandatario que se excede de los límites del mandato y, en tales casos, el CC (arts. 1725 y 1727. 2) fija que el representado no queda vinculado con el tercero sino solo el representante (TRINCADO AZNAR, 2022:235).

2.2. *Negocios jurídicos a título gratuito.*

2.2.1. La aceptación de las donaciones al concebido.

Es obvio que el *nasciturus* no puede donar porque no puede contratar y disponer de sus bienes (art. 624 CC). La pregunta, por tanto, es si el *nasciturus* puede ser donatario. Y la respuesta debe ser afirmativa¹⁵. El *nasciturus* carece de personalidad jurídica civil para ser titular de derechos patrimoniales (arts. 29 y 30 CC). El CC hace referencia y protege al *nasciturus* esencialmente en el ámbito sucesorio (arts. 29 y 959 ss. CC) y en las donaciones realizadas a un concebido, que pueden ser aceptadas por quienes lo representarían si hubiera nacido (art. 627 CC). Así, dispone el art. 627 CC que: «*Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento*». Artículo que ratifica que no cabe la representación del *nasciturus* (nótese el empleo de la forma condicional «*representarían* sí», luego no les representan) y que supone uno de los efectos favorables a que se refiere el art. 29 CC. Dicho art. 627 CC permite que la donación al *nasciturus* sea aceptada inmediatamente por quienes les representarían si estuvieran ya nacidos y quede firme lo antes posible lo cual, dice ALBA-

LADEJO, favorece al concebido porque así se evita que, no aceptada, pueda quedar sin efecto por fallecimiento del donante o porque este la retire antes, en ambos casos, de que el *nasciturus* nazca (1991:1595-1596). En síntesis, el art. 627 CC, reconoce la posibilidad de que el *nasciturus* tenga la condición de donatario y obliga al donante a conservar hasta el nacimiento los bienes, sin poder revocar la donación ya perfecta ni disponer de ellos (TORRELLES TORREA, 2014:378 y ss)¹⁶ aunque sin tampoco obligación de entregárselos desde ya a quien haya aceptado la donación (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a:491). En todo caso, a pesar de la aceptación, hasta el nacimiento del concebido con las condiciones del art. 30 CC no tiene lugar la trasmisión del dominio porque en el instante de la aceptación no hay adquirente ya que no hay capacidad para adquirir sin personalidad (art. 745.1 CC). La ficción legal del art. 29 CC no excepciona el art. 745.1 CC, ya que no pretende crear derechos sin sujetos (TORRELLES TORREA, 2014:379).

2.2.2. El *nasciturus* en la revocación de donaciones por superveniente de hijos

Dispone el artículo 644.1.^o CC, que «*toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes: 1.º Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos*». La doctrina es unánime al afirmar que la razón de ser de dicha causa de revocación es el hecho de que el donante no habría donado si hubiera sabido que iba a tener un hijo (DÍAZ ALABART, 1991:1633)¹⁷ porque el cariño paternal o la protección de los hijos, añade ARROYO I AMAYUELAS, hace suponer que el padre, en vez de donar su patrimonio, lo hubiese reservado para sus hijos si hubiera previsto que los tendría (ARROYO, 1992: 138). Dicha causa de revocación añade DÍAZ ALABART, protege al donante, porque al revocar la donación los bienes revierten a su patrimonio incondicionalmente, y a sus hijos —aunque sea indirectamente— ya que no resultan disminuidas sus perspectivas hereditarias ni el nivel de vida que puede ofrecerle el donante (1991:1633). Pero dicho precepto plantea dos problemas:

1. Un primer problema: el de determinar si la existencia de un hijo concebido, pero no nacido del donante al tiempo de la donación hace ésta irrevocable (por considerar que el donante tiene hijos), o si por contra, es revocable (por considerar al donante carente de hijos). Básicamente se han postulado, ante el silencio del CC, dos soluciones:

A. LACRUZ BERDEJO estima que la existencia de un hijo concebido del donante al tiempo de la donación hace ésta irrevocable, no por aplicación del art. 29 CC (puesto que la irrevocabilidad no es un efecto favorable), sino porque, en su opinión, de mantenerse la revocabilidad, fallaría la motivación de la norma.

B. La doctrina mayoritaria, por contra, entiende que la existencia del concebido al tiempo de la donación no impide su revocación (entre otros, CALLEJO, 1997:124; DIAZ ALABART, 1990) porque no es cierto que esta interpretación contrarie la motivación de la norma, ya que —como dijimos— el art. 644 protege no sólo al donante, sino también a sus hijos (DIAZ ALABART, 1990). Asimismo, señala CALLEJO RODRÍGUEZ, la consideración del concebido como nacido al tiempo de la donación no le favorece, sino que le perjudica (art. 29 CC.) y el precepto en cuestión sólo exige que el hijo del donante nazca después de la donación, sin diferenciar si está o no concebido. Finalmente, añade DIAZ ALABART (1990), aunque admitiéramos a efectos dialécticos, que la existencia del concebido al tiempo de la donación haga ésta irrevocable, «*hay que considerar los problemas que podría plantear el averiguar; desde cuándo conoce el donante la existencia del nasciturus*» por lo que, concluye esta autora, «*aunque al hacer la donación hubiese un hijo concebido y llegase a nacer después con los requisitos legales, ello no haría irrevocable la donación, porque el caso no resulta amparado por el art. 29, ya que no favorece al hijo*».

2. Un segundo problema es si es suficiente la existencia de un hijo concebido del donante después de la donación para ejercitar, desde ya, la acción revocatoria, considerando la doctrina mayoritaria que no es suficiente que el hijo estuviese concebido después de la donación para ejercitar la acción revocatoria, sino que es, además, preciso que llegue a nacer con los requisitos legales del art 30 (actualmente nacer con vida y que se produzca el entero desprendimiento del seno materno) (CALLEJO, 1997:125; DIAZ ALABART, 1990; DE CASTRO, 1984: 127, n.6 y ARROYO I AMAYUELAS, 1992:140). Por ello, la existencia de un hijo concebido del donante posterior a la realización de la donación, no permite revocar ésta desde ahora, como si ya hubiese nacido porque, dice DE CASTRO, ello chocaría con graves obstáculos prácticos de tener que declarar al póstumo heredero (a pesar del art. 966 CC) y nombrarle un representante y «*si había otros herederos, tenerlos en cuenta para ejercitar la acción; y, en fin, garantizar los derechos del donatario para el caso de que no se produjese el nacimiento*» (1984:127, n.6).

2.3. Derechos sucesorios

El principio «*conceptus pro iam nato habetur*», como vimos, se elaboró principalmente para salvaguardar los intereses hereditarios del *nasciturus* (GAYO I, 147) y, en particular, los derechos del hijo póstumo en la herencia paterna (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 490). Y, así, nuestro CC regula en los arts. 959 a 967 CC ciertas precauciones que han de adoptarse cuando la viuda queda encinta y, por tanto, existe un concebido con eventuales derechos hereditarios, cautelas

que consisten principalmente en la suspensión de la división de la herencia (art. 966: «*La división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta*») y su sujeción a administración hasta que tenga lugar el nacimiento o el aborto (arts. 965 y 967).

Existen, en sede hereditaria, otros dos efectos favorables a favor del concebido:

1. Preterición del concebido. De acuerdo con el art. 814 CC la preterición de un concebido, que eventualmente sea legitimario cuando nazca con los requisitos del artículo 30 CC, no perjudica la legítima. Si dicha preterición es intencional (la falta de mención se produce a sabiendas por el testador de la existencia del legitimario póstumo, hijo o descendiente suyo) «*se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias*» (814 aptdo 1 CC); y si dicha preterición es no intencional o errónea (la falta de mención se produce por desconocer el testador la existencia del legitimario póstumo) de acuerdo con dicho precepto se producirán dos efectos: «*1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. 2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas*

2. Sustituciones fideicomisarias a favor del concebido. Por otra parte, al concebido se le tiene por nacido en relación con las sustituciones fideicomisarias del art. 781 CC, de modo que el testador puede dejar todo o parte de la herencia a alguien que esté simplemente concebido al morir aquel y cuando dicho *nasciturus* nazca con las condiciones del art 30 CC y adquiera la condición de fideicomitente, empezarán a contar las dos transmisiones efectivas más [los dos «grados»] de que habla el art. 781 CC (ALBALADEJO, 1991:1920; DE CASTRO, 1984:128).

2.4. 'El nasciturus como beneficiario de indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil'

Señalaba DE CASTRO que «*el nacido tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos durante el periodo de gestación, en los bienes que le correspondan, en su situación familiar (muerte del padre, o de la madre al dar a luz) y respecto a su misma persona (defectos físicos, lesiones orgánicas que le fueran ocasionadas, artículos 1902, 1905, 1907 y 1908 Cc)*» (1984:131). Y ello porque dentro de la expresión «*se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*» que emplea el art 29 CC deben incluirse las indemnizaciones

derivadas de responsabilidad civil por daños y perjuicios padecidos por el *nasciturus* desde el instante mismo de su concepción (en el mismo sentido, GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a:496; CABANILLAS SÁNCHEZ, 2004; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000:280). En este epígrafe haremos referencia a los dos supuestos más comunes en los que nuestra jurisprudencia civil ha indemnizado al *nasciturus* por daños ocurridos durante su gestación: cuando dichos daños se producen en su ser y cuando se producen en su esfera familiar. Los primeros, como señala GUTIÉRREZ SANTIAGO, nos sitúan principalmente en el ámbito de la responsabilidad médica; los segundos nos trasladan, principalmente, a la responsabilidad por muerte de familiares del *nasciturus* en accidente de circulación (2013-a: 496).

2.4.1. Indemnizaciones de daños y perjuicios al *nasciturus* por daños médicos

Entre los efectos favorables a los que alude el art. 29 CC es indudable que se hallaría la posibilidad de reclamar, como destacaba LACRUZ BERDEJO, el «*resarcimiento por lesiones que se le causaron estando en el claustro materno y cuyos efectos persistan luego*», ya que, sin perjuicio de que puedan asimismo ser calificado, en su caso, como delito, «*se puede reputar cometido contra él un acto ilícito civil, y... debe ser él el acreedor de la indemnización por los daños sufridos por él mismo*» (LACRUZ BERDEJO, 2010:18; GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2018: 24 y la doctrina que cita en nota 13). Podemos distinguir diversos supuestos:

2.4.1.1. La procreación irresponsable.

Ha debatido la doctrina si el *nasciturus* puede, cuando nazca con vida, demandar a sus padres por las enfermedades o malformaciones que estos les transmitieron o incluso por las enfermedades o malformaciones derivadas de determinadas conductas de sus progenitores. Podemos distinguir con GUTIÉRREZ SANTIAGO (2018:26-27) los siguientes supuestos:

a. Responsabilidad de los padres por enfermedades o malformaciones transmitidas a sus hijos. Un importante sector doctrinal encabezado por ATIENZA NAVARRO (2006:41-74) defiende la responsabilidad de los progenitores por las enfermedades graves transmitidas a su progenie cuando, antes de la concepción o durante la misma, aquellos contagien negligente o dolosamente alguna enfermedad al *nasciturus* porque, dice ATIENZA, el ejercicio de la libertad de procreación tiene como límite el derecho e interés del niño a nacer sano. No obstante, la doctrina mayoritaria se muestra contraria a dicha posibilidad de exigir responsabilidad a los progenitores por las enfermedades genéticas o contagiosas transmitidas al *nasciturus* durante la concepción no solo por los problemas probatorios que,

en muchos casos, se plantearían relativos a la relación de causalidad, sino sobre todo por la ausencia de antijuridicidad de la conducta de los progenitores (MACÍA MORILLO, 2003: 37; véase más ampliamente sobre los argumentos empleados por este sector doctrinal mayoritario GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2018: 26 n. 20).

b. Responsabilidad de los padres por determinadas conductas realizadas durante la gestación. En los supuestos en los que la conducta del progenitor durante la gestación haya provocado una enfermedad o tara al concebido (piénsese, por ejemplo, en la madre que consume alcohol durante el embarazo y el hijo nace con síndrome alcohólico fetal) un sector doctrinal considera que si los daños o perjuicios al *nasciturus* derivan de una conducta dolosa o gravemente imprudente o temeraria de la madre debe reconocerse al hijo, una vez que nazca con vida, el derecho de resarcimiento del daño padecido (SESTA, 2012: 429); mientras que otros autores limitan la exigencia de dicha responsabilidad solo a los supuestos de actuación dolosa de la madre (RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2011: 871-872 y 880).

2.4.1.2. Los daños ocasionados al *nasciturus* por una defectuosa asistencia en el momento del parto.

Mayor certeza ofrece la opinión de que, entre los efectos favorables para el *nasciturus* a que alude el art. 29 CC, se incluye su derecho a ser resarcido por los daños que haya sufrido por una defectuosa asistencia en el momento del parto [por ejemplo, SSTS [1.^a] 13.10.1992 (Tol 1655170); 10.12.1997 (Tol 215086) y 23/02/1999 (Tol 2450)] o en las actuaciones médicas inmediatamente precedentes al alumbramiento [así STS [2.^a] 05.04.1995 (Tol 405397)] o practicadas, en general, a lo largo del embarazo (así, por ejemplo, STSJ Castilla y León [3.^a] de 05-04-2013, TOL3.759.601).

2.4.1.3. Daños personales asociados a diagnósticos prenatales y demandas indemnizatorias de los progenitores, en su propio nombre o en el de su hijo.

Se halla consolidada en nuestra jurisprudencia [vide, por ejemplo, STS [1.^a] 11 mayo 2001] la distinción entre las acciones «*wrongful birth*» y «*wrongful life*». Las primeras aluden a la pretensión propia de los progenitores del hijo nacido enfermo y donde son aquellos (los padres) los beneficiarios directos de la indemnización, mientras que, en las segundas, los progenitores reclaman en nombre y representación de su hijo por el daño moral y patrimonial que este padecerá durante su vida por haber nacido con dichas malformaciones, por el hecho de vivir con esas taras que no fueron detectadas con anterioridad a su nacimiento (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2018:31). Estas reclamaciones no se fundan

en que los profesionales sanitarios “causaran” la discapacidad al niño, ya que, en los supuestos que analizaremos, la enfermedad o malformación es congénita y/o incurable, de modo que el niño no podía nacer sano —o nacía enfermo o no nacía—, sino que el fundamento de tales acciones radica en que el médico no detectó esa enfermedad (siendo científicamente detectable) y no advirtió de la misma a los progenitores quienes, por tanto, no pudieron abortar e impedir así el nacimiento del hijo enfermo (MACÍA MORILLO, 2003: 50). En resumen, como señala la SAP de Barcelona, de 30/12/2011 (TOL2.471.520):

«las acciones “wrongful birth” y “wrongful life” se refieren a las reclamaciones interpuestas por la madre o por ambos padres en nombre y derecho propio o a las formuladas por los padres en nombre de su hijo con motivo de los daños producidos por el nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades congénitas que se asocian por lo general, no a un error médico en sentido estricto, sino a la negligencia omisiva del facultativo por no realizar las pruebas que hubieran podido detectar en fase prenatal las malformaciones y/o por una incorrecta valoración de los resultados de esas pruebas si llegaron a practicarse y/o por la omisión del deber de información sobre la anomalía o malformación que conlleva la privación de la facultad u opción de abortar en plazo legal. En tales casos, si los padres reclaman en su propio nombre y derecho el daño moral y patrimonial padecido por ellos mismos con motivo del nacimiento de un hijo con malformaciones nos encontraremos ante el supuesto de “wrongful birth actions”, mientras que, si los padres reclaman en nombre del niño, en cuanto representantes legales del mismo, el daño moral y patrimonial que sufrirá durante su vida por causa de haber nacido con esas malformaciones estaremos ante “wrongful life acciones”»

- Acciones «*wrongful birth*»:

Admitidas las acciones «*wrongful birth*» por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, la STS [Sala 3.^a] de 30 de junio de 2006 apreció, en dicho sentido, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria e indemnizó a los padres por el daño moral derivado de la falta de información a los progenitores sobre la existencia de malformaciones en el concebido [información que imponía el art 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad aplicable por la fecha en que tuvieron lugar los hechos al caso¹⁸ y que ahora impone el art. 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre], privándole de la facultad de optar por la realización de una interrupción voluntaria del embarazo dentro del plazo que la norma facultaba al efecto¹⁹. Así, señala dicha resolución que:

«no se informó a los recurrentes sobre los concretos resultados de las pruebas médicas que podían evidenciar una cierta malformación del feto como los referentes a los niveles de Alfafetoproteína superiores a los normales, y los quis-

tes hallados en plexos coroideos, y esa falta de información, vulnerando los preceptos de la Ley General de Sanidad antes citados determinó la imposibilidad de decidir si optaban o no por la facultad de interrumpir libremente el embarazo, no habiendo probado la Administración Sanitaria, como le hubiera incumbido en función de cuanto antes se ha argumentado, que la recurrente no hubiera optado por el aborto eugenésico en el supuesto de que la información sobre las malformaciones del feto le hubiera sido comunicada, por lo que cabe apreciar el nexo causal necesario para apreciar en el caso de autos, la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria».

De dicha resolución se hizo eco la STS [Sala 3.^a] 14 de marzo 2007 [TOL1.049.994] que insiste en la doctrina expuesta pudiendo destacarse de la misma dos elementos relevantes:

1. El daño resarcible. Señala dicha sentencia que, si bien «*no puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad*» sí podría existir un daño moral si la falta de información lesionara el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez puede lesionar la dignidad de la misma amparada por el art 10 CE. Y, con dichos antecedentes y con cita expresa de la STS 30-6-2006 ya analizada, confirma la sentencia *a quo* y desestima el recurso de casación, porque la falta de información sobre las malformaciones de su hija (nacida sin las dos piernas y sin el brazo izquierdo) había lesionado la facultad de los progenitores a su «*autodeterminación ligado al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el derecho a la información para ejercer sus libres determinaciones (art. 10.1 y 5 y 6 Ley General de Sanidad)*» consistiendo el daño moral resarcible no en el nacimiento del hijo sino en la privación del derecho a «*optar por la interrupción del embarazo al no haberseles informado sobre las malformaciones del feto*».

2. La «onus probandi». Por otra parte, dicha STS [3.^a] 14-3-2007 reconoce que el mayor problema que plantea esta responsabilidad patrimonial no es el de su admisión sino el de la prueba de un requisito esencial para poder declararla como es la relación de causalidad. Y, así, señala la resolución analizada que, aunque el TS no siempre ha aceptado «*la teoría de los cursos causales no verificables usada por la jurisprudencia norteamericana*» que invierte la carga de la prueba en casos de errores en el diagnóstico prenatal debiendo ser el médico, y no el paciente quien pruebe que la decisión de la progenitora habría sido la misma con un diagnóstico acertado²⁰, dicha Sala 3.^a del TS, en diversas resoluciones que cita, ha admitido dicha inversión de la carga de la prueba imponiendo a la Administración demandada, y no a quien alega el daño la carga de probar de

forma indubitable, que si la mujer hubiera conocido la malformación del feto no hubiera optado por un aborto.

- Acciones «*wrongful life*»:

En contraste con la frecuencia con que se interponen las acciones «*wrongful birth*» y su aceptación por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, las acciones «*wrongful life*» son rechazadas a nivel doctrinal²¹ en base, señala GUTIÉRREZ SANTIAGO, a dos razones principalmente: por un lado, por las dificultades para identificar y valorar el daño resarcible porque la disyuntiva a nacer con taras habría sido no nacer y se discute la consideración del hecho de la vida como daño y que éste pueda consistir en la lesión de un supuesto «derecho a no nacer» o de un «derecho a nacer sano»; y por otro lado, por los problemas relativos a la relación de causalidad y a la imputación objetiva del daño al médico demandado puesto que el daño reclamado no se integra dentro del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad que se reclama (la normativa sobre la interrupción voluntaria del embarazo) (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 499). Ello ha conducido a que nuestro TS haya rechazado dichas acciones *wrongful life* cuando ha conocido de ellas si bien en la mayoría de los casos alegando problemas de acreditación de la relación de causalidad o de ausencia de antijuridicidad del resultado lesivo. Veamos varias de ellas:

1. STS [1.ª] 7.6.2002 [TOL202.875]. Falta de relación de causalidad. Se refiere dicha resolución a un supuesto en el que una paciente de 40 años demanda a su ginecólogo y a la Clínica por su conducta negligente al no informarla de las pruebas existentes para determinar la existencia de malformaciones en el feto, privándose a aquella de la facultad de optar por acudir a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal permitido ya que el hijo nació con síndrome de Down con una cardiopatía y una hepatopatía. Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial que condena al médico y a la Clínica a indemnizar a los demandantes, el TS absuelve a aquellos profesionales sanitarios de la demanda en base al argumento contenido en su FJ 4.º que señala que:

«Aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante. El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues... "la Sra. R. en ningún momento quiso abortar"; no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera

decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto. El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido procede la estimación del motivo» y del recurso de casación interpuesto por el médico y la Clínica.

2. STSJ de Madrid de 27/01/2012 [TOL2.554.096] Falta de antijuridicidad del resultado lesivo. En la demanda se ejercita por la actora una doble acción, una en nombre de la menor por las malformaciones que padece (*wrongful life*); y, otra, en propio nombre, por el daño moral derivados de dicho nacimiento (*wrongful birth*). La sentencia comentada desestima ambas pretensiones porque considera que se emplearon por el demandado todos los medios exigibles para detectar las malformaciones del feto por lo que la falta de diagnóstico de malformaciones congénitas esqueléticas como la que padecía el feto solo puede achacarse a la imperfección de la técnica. Falta, por tanto, la antijuridicidad del resultado lesivo exigido por la Ley para desencadenar la responsabilidad patrimonial de la Administración de modo que las patologías que presentaba el feto, y que eran indetectables durante la gestación de acuerdo con el estado de la técnica ecográfica existente entonces, es un daño que los perjudicados están obligados a soportar por carecer de antijuridicidad la asistencia sanitaria prestada.

3. STS [Sala 3.^a] 14/03/2007 [TOL1.049.994]. Ejercicio conjunto de acciones «*wrongful birth*» y «*wrongful life*». Esta sentencia, ya comentada *supra*, estimó la acción «*wrongful birth*» y desestimó la acción «*wrongful life*» concediendo una indemnización a los progenitores de una niña nacida sin piernas y sin el brazo izquierdo, pero haciendo constar que el daño resarcible no es el nacimiento del hijo, sino la privación del derecho a «optar por la interrupción del embarazo al no haberseles informado sobre las malformaciones del feto».

4. SAP Barcelona [14.^a] de 06/04/2021 [TOL8.472.727]. Improcedencia de la acción *wrongful life* porque no existe un derecho a no nacer. Los progenitores ejercitaban en nombre propio la acción *wrongful birth* (reclamando 40.000 € para cada uno de ellos) y en nombre de su hijo la acción *wrongful life* (reclamando 200.000 € para su hijo). El Juzgado de Primera Instancia estimó ambas acciones, pero la Audiencia Provincial aplica la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS expresada, sobre todo, en la STS [1.^a] 15/09/2015 [TOL5.439.307] que, con cita de jurisprudencia anterior de dicha Sala, afirma que la acción *wrongful life* es inviable por dos motivos: 1.^º) porque el daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes, a los que se ha ocasionado

un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada sus decisiones, y 2.º) porque debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la sentencia de 5-6-1998, que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo.

Por otro lado, sigue diciendo la SAP Barcelona analizada, la acción de *wrongful life* solo podría ejercitarse si se reconociera en el ordenamiento el derecho a la no vida y bajo la premisa que es preferible la no vida a la vida enferma o con malformación, siendo por lo tanto el daño la propia vida, con la consiguiente valoración negativa de la vida de las personas con discapacidad. Bajo esa consideración, el daño en este tipo de reclamación o acción ejercitada sería el hecho de vivir discapacitado. Pero dicho derecho a la no vida, a no nacer con discapacidad, no existe en nuestro ordenamiento que solo protege el derecho a la vida con indiferencia de que sea o no con malformaciones o enfermedades. Y en defensa de la inexistencia del derecho a no nacer invoca dicha SAP la jurisprudencia constitucional (STC n.º 53/1985) la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 16/06/2014) y el art. 10 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13-12-2006. Como consecuencia de todo ello, la Audiencia Provincial de Barcelona estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimando la acción *wrongful life* ejercitada por los padres en representación de su hijo menor.

2.4.2. Resarcimiento de daños morales al concebido por accidentes de circulación

Nos centraremos en este epígrafe en si la retroacción de la personalidad al momento de la concepción previsto para todos los efectos favorables en el art. 29 CC abarca la posibilidad de que el *nasciturus*, una vez nacido, reclame indemnizaciones por daños morales por accidentes de circulación acaecidos durante su gestación y en el que haya fallecido un familiar²². Quedan fuera, por tanto, de nuestro estudio las indemnizaciones que corresponden a la gestante por pérdida del *nasciturus* en accidente de circulación²³.

Actualmente el art 62 RD. Leg. 8/2004 reconoce a los descendientes y hermanos como categoría autónoma de perjudicado asignándose el art 65 y el art 66 una cantidad fija a cada hijo y hermano respectivamente que varía en función de su edad, pero la duda es si dentro de dicha expresión «descendientes» o «hermanos» puede incluirse a quien al tiempo de suceder el accidente de su ascendiente/hermano estaba en estado de gestación. Y, en dicho sentido, doctrina y jurisprudencia se muestran conformes sobre la consideración del *nasciturus* como

perjudicado y, como tal, beneficiario de la indemnización por el fallecimiento de sus familiares en un accidente de circulación. Así, en nuestra jurisprudencia menor, bien es cierto que en resolución anterior a dicho RDLeg., la SAP Córdoba 25.9.1997²⁴ señala que «*la expresión “perjudicado” comprende a todo aquel que como consecuencia de un determinado evento haya experimentado una lesión en su esfera patrimonial (daños materiales) o afectiva (daños morales)*», de modo que «*resulta indudable que la hija no nacida, pero sí concebida, tiene tal condición por mor del art. 29 CC*». Y, en consecuencia, la sentencia estima la acción ejercitada por la progenitora en nombre y representación de su hija menor que perdió a su padre en accidente de circulación acaecido estando esta última en estado de gestación por «*el evidente perjuicio que dimana del simple hecho de nacer huérfana de padre y, a partir de ahí, todas las múltiples eventualidades que deberá atravesar a lo largo de su vida sin contar con la presencia de su progenitor*».

También, en sede penal, la SAP [1.^a] de Badajoz, de 11/11/2002 (TOL240.000) ha reconocido que el *nasciturus* es perjudicado, si nace con las condiciones previstas en el CC, por la muerte de su hermano sucedida cuando aquel estaba concebido señalando que a la muerte del niño en el accidente de circulación, éste contaba con un hermano —concebido no nacido— «*al que cabe otorgar todos los efectos favorables que le son inherentes a esta condición*» no solo porque ello deriva del art. 29 CC sino también porque «*resultaría incluso cruel que éste, por razones de pura temporalidad, no disfrutara de los derechos que le asistirían si hubiera nacido y por el solo hecho de hallarse en estado fetal en el instante en que tales derechos le eran diferidos*».

También evidentemente y aunque excede de los límites de este trabajo por referirse a materia laboral nuestra jurisprudencia ha admitido que el *nasciturus*, una vez que nazca con las condiciones del art. 30 CC, pueda reclamar indemnizaciones por la muerte de un familiar —señaladamente el padre— en accidente laboral acaecido cuando aquel estaba simplemente concebido²⁵.

2.5. *El nasciturus en los procedimientos judiciales de separación, divorcio y guarda y custodia.*

Dos corrientes contrapuestas existen en la praxis judicial acerca del momento procesalmente oportuno para fijar, en favor del *nasciturus*, la pensión de alimentos, la atribución de su guarda, el régimen de visitas y el otorgamiento del derecho de uso de la vivienda familiar.

1. Teoría que permite fijar la pensión alimenticia y demás medidas en el procedimiento de separación divorcio o guarda y custodia sin esperar hasta el

efectivo nacimiento del hijo concebido. Seguida por la jurisprudencia menor de modo casi unánime se fundamenta principalmente en razones prácticas y en la protección y el beneficio del *nasciturus*, ya que adoptar las medidas a favor del concebido redundan en beneficio de este. Así, como señalaba la SAP de Cuenca número 152/1999, de 27 de mayo, esperar a que se verifique el nacimiento y que la esposa solicite entonces, si lo estima oportuno, la atribución del uso de la vivienda y la fijación de alimentos «*no originaría sino demoras en la resolución de la cuestión, que redundarían en perjuicio del hijo, cuyo interés es, sin duda, el más necesitado de protección*».

Es, igualmente, expresa de dicha posición casi unánime la SAP de Barcelona [18.^a], de 07/12/2018 (TOL6.999.946) cuando señala: «*La sentencia (a quo) no adopta medidas sobre el hijo/a que todavía no había nacido en el momento de dictarse la sentencia. (...). La Sala entiende que deberían haberse adoptado las medidas solicitadas que se limitaban a la guarda, régimen de relación con el padre y alimentos y que hubieran permitido la existencia de una regulación o régimen de convivencia y alimentos al nacer el hijo/a, sin perjuicio de su modificación ulterior si lo hubiera requerido su interés y ello en base a lo dispuesto en el art. 29 CC*»²⁶.

También podemos ver un completo desarrollo de medidas a favor del *nasciturus* en las sentencias de nuestros Juzgados de Primera Instancia como recogen, por referencias, nuestras Audiencia Provinciales²⁷.

2. Teoría que pospone hasta el efectivo nacimiento del hijo concebido la fijación de la pensión alimenticia y demás medidas. Seguida por la jurisprudencia minoritaria a mi modo de ver es la más correcta desde un punto de vista técnico. Hasta el nacimiento no existe patria potestad²⁸ y, por otro lado, la determinación legal de la filiación, presupuesto de la patria potestad, se relaciona con el nacimiento, y a él se refiere la inscripción correspondiente en el Registro Civil. Por tanto, desde una visual teórica no cabe fijar alimentos si no existe aún progenitor sin perjuicio de promover el correspondiente procedimiento de modificación de medidas, una vez que se verifique el nacimiento. Y así, por ejemplo, la SAP Toledo de 31 de julio de 2003²⁹ confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que no había realizado ningún pronunciamiento sobre la pensión de alimentos del *nasciturus* difiriendo la fijación de dicha pensión —y no sólo del inicio de su efectividad— hasta el nacimiento del concebido, entre otras razones porque «*tanto la pensión de alimentos, como un posible régimen de visitas, deben ser acordes con las reales y efectivas necesidades del nacido, y es obvio que tales necesidades no pueden ser realmente conocidas hasta el momento de su nacimiento a fin de que puedan ser efectivamente ponderadas y protegidas por el Juzgador*». En consecuencia, tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como dicha sentencia dictada en apelación acordaron no fijar régimen

de visitas, ni pensión alimenticia, sin perjuicio de que los progenitores pudieran promover un procedimiento de modificación de medidas, una vez que tuviera lugar el nacimiento.

2.6. *El nasciturus y las medidas jurídicas de protección de los menores.*

2.6.1. La adopción del *nasciturus*.

Dispone el art 175 ap. 2.^º del CC que «únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados». Con base en dicha expresión la doctrina mayoritaria ha defendido que, puesto que únicamente puede adoptarse a los «menores no emancipados» *a contrario sensu* no cabe a adoptar al *nasciturus* siendo nulos los pactos sobre la adopción de un concebido (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 508). Al argumento literal del art 175 2 CC y al argumento moral de que dicha adopción podría conllevar un auténtico «mercado de la infancia» (GARCÍA AMIGO, 1979: 326) y un «odioso tráfico de niños» (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 508) se unen el hecho de que el art. 177.2 CC exige, entre los asentimientos necesarios para la adopción, el de la madre que no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto. Esta exigencia, sin duda impuesta a la vista de que la irrevocabilidad de la adopción requiere que la madre adopte su decisión reflexiva y meditadamente (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 508), impide la adopción del *nasciturus* que, por otro lado, en el fondo sería bastante parecido a una gestación por subrogación cuya nulidad ha sido evidenciada por la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS (STS de 31-3-2022, TOL8.898.029) porque vulnera los derechos fundamentales de la mujer gestante y del niño gestado.

2.6.2. El acogimiento del *nasciturus*.

También el art. 173 y 173 bis CC, al regular el acogimiento, hacen referencia siempre al menor acogido lo que ha llevado a nuestra doctrina mayoritaria a negar la posibilidad *lege lata* de acoger al *nasciturus*³⁰, aunque *lege ferenda* fuera deseable³¹. No obstante, existen numerosas resoluciones administrativas³² como judiciales que permiten acordar el acogimiento antes del nacimiento, para que sea efectivo después de él en los casos en los que se detecte, con anterioridad al alumbramiento, la situación de desamparo del *nasciturus*. Es especialmente clarificador la doctrina contenida en la STSJ de Cataluña de 31/03/2011 [TOL2.126.751] que señala:

«Desde el punto de vista de la normativa internacional, tampoco podría considerarse un supuesto arbitrario y, mucho menos, contrario a los tratados

internacionales —el Preámbulo de la CNUDN tiene presente que “como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de, madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”— la declaración de desamparo de un nasciturus, admitida expresamente por nuestra legislación a título preventivo (art. 2.1 Llei 37/1991), que, por lo demás, ha tenido cierto reflejo en la jurisprudencia de nuestras Audiencias provinciales. Así, la SAP de Girona de 8-9-2005 (ROJ SAP GI 1113/2005) acuerda el desamparo del nasciturus hijo de madre toxicómana a la que le habían sido retirados otros cuatro hijos anteriores. La SAP de Barcelona (18.º) de 3-6-2004 (JUR 2004, 209029) que reconoce el desamparo de un nasciturus por tener sus padres las facultades mentales limitadas y haber fracasado el intento de que cumplieran un plan de mejora. La SAP de Barcelona (18.º) de 15-12-2005 (RPJ AAP B 6356/2005) se refiere a un nasciturus hijo de una madre incapacitada y sometida a tutela y de un padre enfermo mental (esquizofrenia paranoide). Finalmente, la SAP de Barcelona (18.º) de 11-10-2006 (ROJ SAP B 10301/2006) que valora especialmente una falta de atención higiénica y médica, una alimentación precaria y una falta de capacidad de protección para justificar el desamparo.»

Más recientemente las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales han confirmado la posibilidad que tiene la administración de acordar el desamparo preventivo del *nasciturus* y su retención hospitalaria. Así, por ejemplo, la SAP de Barcelona [18.º] 15/09/2021[TOL8.651.459] confirma la sentencia *a quo* a la vista de que «*del contenido del expediente y de los informes del Hospital se derivan indicadores de grave riesgo que justifican una declaración preventiva de desamparo antes de nacer la niña*» puesto que la madre gestante era consumidora de tabaco, cannabis, antidepresivos, realizaba un seguimiento irregular del embarazo y carecía de estabilidad personal y laboral de la madre. En parecido sentido, la SAP de Barcelona [18.º] de 19/12/2018 [TOL6.982.787] desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre frente a la resolución administrativa que acordaba el desamparo del *nasciturus* y la acogida en urgencia de su hija que le fue retirada nada más nacer porque, dice la Audiencia Provincial, «*la madre no disponía de ningún recurso, ni económico, ni laboral, ni de vivienda, no disponía de soporte familiar... y el nasciturus se encontraba en situación de desamparo, la madre presentaba falta de control de impulsos, tendencia a minimizar los problemas y falta de soporte familiar*». O, finalmente, la SAP Lleida [2.º] de 18/03/2022 [TOL8.993.314] que desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica contra la sentencia de primera instancia que había considerado no preceptivo el asentimiento de los progenitores para poder constituir la adopción de un menor respecto del cual se había tramitado «*un procedi-*

miento de desamparo cuando el menor aún era un feto» y respecto del cual se había acordado por la administración «el desamparo preventivo del nasciturus»³³.

2.7. *El nasciturus en los procesos de filiación*

2.7.1. Acción de reclamación de la filiación

Como señala LLEDO YAGÜE, con relación a la madre no suscita problema, a la vista del principio “*pro iam nato habetur*” contenido en el art 29 CC el reconocimiento del hijo antes de su nacimiento (2017:40). En cuanto al reconocimiento anticipado del padre, la doctrina mayoritaria (LLEDO YAGÜE, 2017:40-41; QUESADA GONZÁLEZ, 2012:225-226; RIVERO HERNÁNDEZ, 1991: 462-463; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1984:963) considera que, en nuestro derecho no hay obstáculo a admitir dicho reconocimiento, a la vista del tenor literal del art. 29 CC y a la vista, asimismo, como destaca QUESADA GONZÁLEZ, del art 39 CE ya que constituye «*un efecto favorable para el nasciturus, sin duda alguna, que se determine su filiación incluso antes del nacimiento, porque así recibirá una mayor y más rápida protección. De no admitirse esta posibilidad se dificultaría el cumplimiento del deber que tienen los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, que proclama la Constitución (art. 39).* Además, con esta solución se favorece la protección de la madre, que conforme al art. 39 CE aseguran los poderes públicos cualquiera que sea su estado civil, porque a partir del momento en que se determine la paternidad la madre no asumirá sola la responsabilidad y obligaciones derivadas de la relación de filiación» (QUESADA, 2012: 225-226). En el mismo sentido, se manifestó PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS quien añadía a las razones ya expuestas que, aunque a efectos civiles los nascituri no sean personas ni estén sujetos a representación legal, «en la medida en que se les tiene ya por nacidos (cfr. art. 29 CC) deben gozar de esa representación legal (la que ostentarán “las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento”: cfr. analogía art. 627 CC)» (1984:963). En resumen, como destaca VERDERA SERVER, de no admitirse el reconocimiento de la paternidad del *nasciturus* se obligaría a esperar al nacimiento para poder determinar la filiación y hasta ese momento no podría plantearse el cumplimiento de los deberes de asistencia del padre lo que, en casos de graves necesidades económicas de la madre, podría ser perjudicial para el *nasciturus* (2013:1298).

Ahora bien, se ha planteado la doctrina si la prohibición contenida en el artículo 122 CC de revelar la identidad del otro progenitor (la de la madre, cuando reconozca sólo el padre) alcanza al reconocimiento del *nasciturus* teniendo en cuenta que, en estos casos, el reconocido no puede ser identificado sino por referencia a la mujer que aún lo está gestando. Un importante sector doctrinal

considera que, en este caso, sólo cabe el reconocimiento conjunto del padre y la madre, o sólo de ésta, mas no del padre separadamente a la vista de la prohibición legal contenida en el art. 122 CC³⁴, mientras que otro sector de nuestra doctrina admite el reconocimiento individual y separado del padre considerando que se trata de una necesaria excepción a la regla general del art. 122 derivada del hecho de que el establecimiento de la filiación tiene un alcance favorable para el concebido por lo que son de aplicación los criterios del art. 29 CC. Así, en este último sentido, RIVERO HERNÁNDEZ se inclina decididamente por esta última solución, aunque con aplicación (obvia) del art. 124, por razones de estricta argumentación jurídica y por exigencias prácticas y de justicia: «*piénsese, dice, en el progenitor próximo a morir que, sin posibilidad de reconocimiento conjunto, quiere dejar reconocido al concebido que tiene la seguridad de haber sido engendrado por él*» (1991:470).

En nuestra jurisprudencia podemos observar algún ejemplo de acción de reclamación de la filiación extramatrimonial del concebido. Tal es el caso que dio lugar a la STS [1.^a] de 15/10/1988 (TOL1.734.182). Como resulta de los antecedentes de hechos de dicha resolución, en el caso ahí planteado la demanda que inició el procedimiento se interpuso por la madre contra el padre sobre reconocimiento de paternidad, hallándose la actora, en el momento de ejercitar dicha acción, «*en situación de embarazo*» e interesándose en el suplico de la demanda la condena del demandado a reconocer la paternidad del «*nasciturus*» y al pago de las costas. En todo caso, en el pleito no se planteó debate sobre el hecho de que el *nasciturus* aun no hubiese nacido al interponerse la demanda y el debate se centró en la negativa del demandado a haber mantenido relaciones sexuales con la demandante y a la afirmación del demandado de que era totalmente estéril e impotente³⁵. Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ciudad Real como, en apelación, la Sala de lo Civil de la, entonces, Audiencia Territorial de Albacete estimaron la demanda (bien es cierto que cuando el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia la niña ya había nacido), confirmando el TS las resoluciones precedentes al desestimar el recurso de casación interpuesto por el padre, sin entrar si quiera en el hecho de que al interponerse la demanda la hija estuviera aun en estado de gestación.

2.7.2. Acción de impugnación de la filiación

Asimismo, cabe encontrar en la doctrina de nuestras Audiencias Provinciales ejemplos excepcionales de admisión a trámite de la demanda de impugnación de la filiación matrimonial promovida por el padre con relación al *nasciturus*. Así, como nos recuerdan los antecedentes de hecho del AAP de Madrid (22.^a)

de 23/11/2004(TOL546.416), el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Collado Villalba había dictado con fecha 27/01/2004 auto de inadmisión a trámite de una demanda de impugnación de filiación paterno matrimonial legalmente determinada promovida por el padre además de en relación con su supuesta hija ya nacida del matrimonio, con respecto al entonces *nasciturus* que, en ese momento, estaba esperando su mujer. El AAP indicado, sin hacer debate de la cuestión de que la acción comprendiera también a un *nasciturus* (el debate se centró en si había o no principio de prueba exigido en el artículo 127 CC para la admisión a trámite de la demanda), revocó la resolución impugnada y acordó la admisión a trámite de la demanda interpuesta.

2.8. *El nasciturus y la adquisición de la nacionalidad española de origen*

Dispone el art. 17.1 letra a del CC que «*son españoles de origen: a) los nacidos de padre o madre españoles*». Ahora bien, la doctrina y jurisprudencia, sobre todo registral, se ha planteado el problema de qué sucede si el hijo fue concebido cuando al menos uno de sus progenitores era español, pero nace cuando ya ninguno lo es (por haber perdido ambos progenitores —o el que la ostentaba— la nacionalidad española, arts. 24 y 25 CC). En síntesis, para resolver dicho problema se han propuesto dos teorías³⁶:

1. Doctrina minoritaria. Para que el nacido adquiera la nacionalidad española de origen por filiación es necesario que el padre y/o la madre sean españoles en el momento del nacimiento del hijo. Los principales argumentos a favor de esta tesis son dos: el primero, porque no se sabe ni se puede saber si la atribución de la nacionalidad española puede resultarle favorable o desfavorable a los intereses del concebido, y el segundo, porque, como señalaba DE CASTRO, «*la fijeza que requieren las situaciones de estado no armoniza con la inseguridad de fecha de concepción*» (1984:399).

No obstante, ninguno de los argumentos empleados por esta tesis minoritaria resulta convincente. En cuanto al primero de ellos porque, como dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el ordenamiento jurídico español considera la adquisición de la nacionalidad española como un efecto favorable para el concebido ya que únicamente los españoles gozan en España de la plenitud de los derechos civiles (cfr. art. 27 CC) y no civiles (1993:162). Y en cuanto al segundo porque, como destaca LALAGUNA DOMÍNGUEZ, con cita del anterior autor, «*la dificultad de determinar la fecha de la concepción es connatural al sistema adoptado por el art. 29 CC*» (2001:3807).

2. Doctrina mayoritaria. Para que el nacido adquiera la nacionalidad española de origen por filiación es suficiente que el padre y/o la madre sean españoles

durante la concepción del hijo. Frente a la tesis minoritaria expuesta, puede considerarse mayoritaria la doctrina que considera bastante que el padre y/o madre fueran españoles en algún momento durante la gestación del menor en base a tres argumentos principales: en primer lugar, porque la cláusula «*pro iam nato habetur*» del art. 29 CC se aplica no solo al ámbito patrimonial sino también, entre otros, al de la nacionalidad; en segundo lugar, por el principio *favor nationalitatis* que impregna nuestro derecho porque, como indica CALLEJO RODRÍGUEZ «*el criterio marcado por el Código civil en materia de nacionalidad se inclina a favorecer la española, por lo que, el planteamiento de eliminar el momento de la concepción y decidirse por el del nacimiento a los efectos de señalar la nacionalidad restaría posibilidades de aplicación del ius sanguinis*» (1997:45). Y, finalmente, para evitar situaciones de apatridia ya que, como destaca LALAGUNA, «*es necesario tener en cuenta el momento de la concepción del nacido para evitar una situación no deseable de apatridia. Y para evitar este resultado, en principio adverso al nacido, es necesario aplicar el art. 29 CC*» (2001:3806).

También se ha mostrado a favor de esta tesis la jurisprudencia registral de la antigua DGRN (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) que ha declarado reiteradamente, entre otras en la RDGRN de 23 de mayo de 2007³⁷, que «*no hay motivos suficientes para excluir del ámbito de aplicación del artículo 29 CC las hipótesis de adquisición de la nacionalidad española «iure sanguinis» del artículo 17 en la redacción entonces vigente. En efecto, aunque el texto hable de «nacidos», hay que entender que el artículo 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no tiene porqué agotarse en la esfera patrimonial, por lo que si el progenitor era español en la fecha de la concepción, pero ha perdido esta nacionalidad cuando tiene lugar el nacimiento, nada impide considerar al nacido como español a la vista de la retroactividad de los efectos del nacimiento al momento de la concepción que preconiza el citado artículo 29 CC. Además, que la cuestión «le sea favorable» es evidente, ya que si la interesada invoca la nacionalidad española del padre es que obviamente le beneficia».*

IV CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anterior, podemos extraer las siguientes conclusiones:

I. Cuando el artículo 29 y 30 del CC dice que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, dichas afirmaciones se refieren exclusivamente a la personalidad civil, pero, en otros ámbitos del ordenamiento, la adquisición de la personalidad —para comparecer en juicio o para poder ser sujeto pasivo de un delito contra la vida— se adelanta.

II. La expresión contenida en el art 29 CC «*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*» aunque pensada principalmente para el ámbito patrimonial comprendiendo, sin ningún género de dudas, las adquisiciones basadas en títulos no onerosos, como la donación y la sucesión mortis causa, ha sido aplicada, asimismo, por la doctrina y jurisprudencia a otros ámbitos del derecho civil como pueden ser, entre otros, las indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil por daños ocurridos durante su gestación cuando dichos daños se producen en su ser [principalmente, responsabilidad médica] y cuando se producen en su esfera familiar [responsabilidad por muerte de familiares del nasciturus en accidente de circulación].

En cuanto a la responsabilidad médica nuestra jurisprudencia ha admitido la posibilidad de las acciones «*wrongful birth*» (indemnizando a los progenitores a los que la deficiente información médica priva de la facultad de optar por la realización de una interrupción voluntaria del embarazo dentro del plazo que la norma faculta al efecto), pero —por contra— no ha admitido las acciones «*wrongful life*» no solo porque el daño ocasionado por dicha falta de información afecta en exclusiva a los progenitores (y no al nacido) sino también porque debe descartarse que se haya producido un daño al menor, ya que no puede admitirse que este tipo de nacimientos (con discapacidad) sea un mal en sí mismo, no existiendo en nuestro ordenamiento un derecho a la no vida, a no nacer con discapacidad.

En cuanto a la responsabilidad por daños morales al concebido por accidentes de circulación nuestra jurisprudencia admite, con base en el art. 29 CC, dicho resarcimiento por el evidente perjuicio moral que dimana del simple hecho de nacer huérfano de padre y, a partir de ahí, todas las múltiples eventualidades que deberá atravesar a lo largo de su vida sin contar con la presencia de su progenitor.

III. La jurisprudencia ha extendido el alcance del art 29 CC no solo al ámbito patrimonial sino también al derecho de familia y a la nacionalidad. En cuanto al derecho de familia nuestra jurisprudencia, casi unánime, permite fijar la pensión de alimentos, la atribución de su guarda, el régimen de visitas y el otorgamiento del derecho de uso de la vivienda familiar en el procedimiento de separación divorcio o guarda y custodia sin esperar hasta el efectivo nacimiento del hijo concebido. Sin embargo, la doctrina se ha mostrado contraria, *lege lata y ferenda*, a la posibilidad de adoptar al *nasciturus* y *lege lata* a la posibilidad de acoger al concebido, si bien existe una numerosa doctrina administrativa (después confirmada judicialmente) que permiten acordar el acogimiento antes del nacimiento, para que sea efectivo después de él en los casos en los que se detecte, con anterioridad al alumbramiento, la situación de desamparo del *nasciturus*.

En cuanto a los procesos de filiación la doctrina mayoritaria admite el reconocimiento anticipado del hijo antes de su nacimiento no solo por la madre sino también, en cuanto ello supone un efecto favorable para el *nasciturus*, por

el padre, siendo mayoritaria —aunque no unánime— la doctrina que admite el reconocimiento individual y separado del padre considerando que se trata de una necesaria excepción a la regla general del art. 122 derivada del hecho de que el establecimiento de la filiación tiene un alcance favorable para el concebido por lo que son de aplicación los criterios del art. 29 CC. Asimismo, en nuestra jurisprudencia podemos observar algún ejemplo de acción de reclamación de la filiación extramatrimonial del concebido y de admisión a trámite de la demanda de impugnación de la filiación matrimonial promovida por el padre con relación al *nasciturus*.

IV. Finalmente, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia registral ha considerado suficiente, para que el nacido adquiera la nacionalidad española de origen por filiación, que el padre y/o la madre sean españoles durante la concepción del hijo, aunque ninguno de ellos lo sea en el momento del nacimiento.

Con este trabajo hemos pretendido dar una visión de conjunto de la situación jurídica del *nasciturus* en el ámbito del derecho civil. Sin duda, sería deseable, *lege ferenda*, que se abordara legislativamente y con más detalle el Estatuto Jurídico del concebido, pero mientras ello no sea así corresponde a la jurisprudencia complementar dicho ordenamiento jurídico aplicando a todos los ámbitos del Derecho civil el principio «*pro iam nato habetur*» consagrado en el art. 29 CC.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1991). Comentario al art. 627 CC. En *Comentario del Código Civil, T. I.* Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, pp. 1595-1597.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1997). Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro. *Revista de derecho privado*, Año n.º 81, Mes 3, 166-191.
- ALISTE SANTOS T.J. (2011). *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*. Ed. Atelier. Barcelona.
- ARROYO I AMAYUELAS, E. (1992). *La protección al concebido en el Código Civil*. Ed Civitas. Madrid.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (1999). 4 de febrero de 1999. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones. falta de diagnóstico sobre las malformaciones del feto; responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva; interrupción del embarazo. daños derivados. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 50, 841-860.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2004). Artículo 29 Código Civil. *Comentarios al Código Civil Tomo I, Vol. 3.º: Artículos 17 a 41 del Código Civil (2.ª edición)*, dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART. Edersa. Madrid, 2004, consultado en <https://app.vlex.com/#WW/vid/229884>
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (1997). *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*. Ed. McGraw-Hill/Interamericana de España, S.AU. Madrid.

- CAPILLA RONCERO, F. (1995) voz «Personalidad». *EJB* T.III. Madrid. Civitas (pp. 4871-4872)
- CARBONELL MATEU, J.C (2016). Homicidio y sus formas (I): homicidio. En *Derecho Penal. Parte Especial*. 5.^a ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- CASTÁN VÁZQUEZ J.M. (1960) *La Patria Potestad*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984) *Derecho Civil de España. T. II*. Ed. Civitas. Madrid.
- DIAZ ALABART, S. (1991). Comentario al art. 644 CC». En *Comentario del Código Civil*, T. I. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid (pp. 1632-1634).
- DIAZ ALABART, S. (1990). Comentario al artículo 644 CC. En *Comentarios al Código Civil Tomo VIII, Vol. 2.º Artículos 618 a 656 del Código Civil*. Edersa, consultado en <https://app.vlex.com/#WW/vid/254140>
- GARCÍA AMIGO, M. (1979). *Instituciones de Derecho civil*, t. I. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- GARCIA RUBIO M.P. (2013). La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento jurídico* 14/2013, 83-108.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013-a). Art. 29 CC. En *Comentarios al Código Civil: T. I* (Arts. 1 a 151) / coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch (pp. 481-516).
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013-b). Art. 30 CC. En *Comentarios al Código Civil: t. I* (Arts. 1 a 151) / coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch (pp. 517-528).
- GUTIERREZ SANTIAGO, P. (2018). Responsabilidad médica-sanitaria por daños vinculados a la concepción, gestación y nacimiento de la persona». *Revista Boliviana de Derecho* n.º 26, 18-57.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (et al.) (2010). *Elementos de Derecho Civil*, I-2.^º, 6.^a ed. Ed. Dykinson, Madrid.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (2001). Adquisición de la nacionalidad española determinada por el momento de la concepción. *Boletín del Ministerio de Justicia* Año 55, n.º 1906, 3799-3808.
- LEGAZ LACAMBRA, L. (1951). La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre. *REP*, vol. IX.
- LEGAZ LACAMBRA, L. (1960). *Humanismo, Estado y Derecho*. Barcelona. Ed. Bosch.
- LLEDO YAGÜE, F. (2017). La determinación de la filiación y la presunción de paternidad. En *Cuadernos Teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno III. Las relaciones paternofiliales, adopción y potestad parental*. VVAA. Madrid. Ed. Dykinson
- LORCA NAVARRETE, A.M. (2000). *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. I. Ed. Lex Nova. Valladolid.
- MACÍA MORILLO, A. (2003) *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales: (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Tesis doctoral inédita. UAM. <http://hdl.handle.net/10486/4418>
- MARTÍN-CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. (2007). Sentencia de 18 de mayo de 2006: Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Down.

- El médico no informó a la paciente del resultado negativo de la amniocentesis y de la necesidad de repetir la prueba. *Wrongful birth y wrongful life*. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 73, 517-544.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2011). Artículo 30. *Concepción civil del nacimiento*. En *Código civil comentado* / Ana Cañizares Laso (dir.), Pedro de Pablo Contreras (dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), Rosario Valpuesta Fernández (dir.), Vol. 1 (pp. 279-284).
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2000). Comentario a los artículos 29 a 34 del Código civil (Del nacimiento y la extinción de la personalidad civil de las personas naturales). En *Comentarios al Código civil, t. II, vol. 1.* J. Rams Albesa (coord.) y R. M.ª Moreno Flórez (coord. adj.). Barcelona, J.M. Bosch Editor (pp. 239-351).
- MAYOR DEL HOYO, M.V. (2012). Más allá del acogimiento de menores, incapacitados, tercera edad y “nasciturus”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n.º 88, n.º 734, 3213-3240.
- MÉNDEZ PÉREZ, J. (1991). *El acogimiento de menores*. Ed. Bosch. Barcelona
- NANCLARES VALLE, J. (2011). Comentario a los arts. 112 a 126 del Código Civil. En AA.VV., *Código Civil Comentado*. Cañizares Laso, A. et al. (dirs.), Vol. 1, Ed. Aranzadi. (pp. 647-650).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario a los arts. 108 a 141 CC. En *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I. Ed. Tecnos. Madrid.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1993). Comentario al artículo 17 del Código Civil. En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Diaz Alabart, T.I, Vol. 3, Madrid,
- POLO ARÉVALO, E.M. (2007). Origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur* en Derecho Romano y su recepción en derecho histórico español y en el vigente código civil. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, núm. 11, 719-739.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.ª.C. (2012) *La determinación judicial de la filiación*. Editores: J.M. Bosch Editor, Barcelona
- RIBAS ALBA, J.M. (2011). Persona: génesis de un concepto jurídico y teológico. Quinto Mucio Escévola, Cicerón, Pablo de Tarso, Gayo, Tertuliano. *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, n.º 9, 2011.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: (1991). Comentario al art. 120 y 122 CC. En *Comentario del Código Civil, T. I*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, (pp. 460-467 y 469-470).
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.ª. (2011). Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-familiares, *Tratado de derecho de la familia* / Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M. (dirs.), Vol. 6, (Las relaciones paterno-familiares (II). La protección penal de la familia), págs. 765-896.
- SENTÍS MELENDO, S. (s.f.) Prólogo a la séptima edición argentina de la obra de Osorio y Gallardo, A. *El Alma de la Toga*, Biblioteca jurídica Praxis. Praxis Ediciones.
- SESTA, Michele. (2012). Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana. En *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*. Moreno Martínez, J.A. (Coord.) Ed Dykinson. Madrid (pp. 409-436)

- STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G. (1987). Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido. *La Ley*, n.º 2, 1100-1117.
- TORRELLES-TORREA, E. (2014). La donación en el Código Civil Español: notas sobre la capacidad de las partes. *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) n.º 129, 355-386.
- TRINCADO AZNAR, JM. (2022). *Invalidez del negocio dispositivo sobre inmuebles: desde una perspectiva comunicacional*. Tesis Doctoral. Madrid, 2022. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=s7AxRYBGQaM%3D>
- VENTOSO ESCRIBANO, A. (1989). *La representación y disposición de los bienes de los hijos*. Ed. Colex. Madrid.
- VERDERA SERVER, R. (2013). Artículo 122. *Comentarios al Código Civil: tomo I (Arts. 1 a 151)* / coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Ed. Tirant lo Blanch, (pp. 1290-1299).

NOTAS

¹ Sobre el concepto de persona, su evolución histórica y las principales teorías sobre la persona puede verse más ampliamente Trincado Aznar, 2022:192-213.

² Desde una visión constitucional, el TC niega al *nasciturus* personalidad jurídica e, indirectamente, la condición jurídica de persona. Así, ha negado al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida llegando a señalar en su STC 116/1999 [y, recientemente, en la STC 44/2023] que los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 CE porque si bien la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el art. 15 CE, constituye un bien jurídico protegido en dicho precepto constitucional, (STC 53/1985; STC 44/2023) ello no significa que al *nasciturus* le corresponda la titularidad de dicho derecho a la vida. El *nasciturus* es un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta, reconociendo el TC que «*la vida es una realidad desde el inicio de la gestación*» (STC 53/1985). Por su parte, señala la STC 53/1985 que la Comisión Europea de DDHH en su decisión de 13/5/1980 ha puesto de manifiesto que cuando el art. 2 del CEDH de 4/11/1950 afirma que «*el derecho de toda persona a la vida («everyone or toute personne» en sus versiones inglesa y francesa) está protegido por la Ley*» dicho Convenio «*se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al nasciturus (F.J. 9 y 17)*». En parecido sentido se ha manifestado el TEDH en sentencia de 8/7/2004 que llega a señalar [§ 85] que: «*el Tribunal está convencido de que no es deseable ni siquiera posible actualmente responder en abstracto a la cuestión de si un niño por nacer es una 'persona' en el sentido del art. 2 del Convenio*». Posteriormente, en la Sentencia Evans contra Reino Unido, de 7/3/2006 el TEDH insiste en que, a falta de un consenso europeo sobre la definición jurídica y científica del inicio de la vida, debe reconocerse a los Estados un margen de apreciación al respecto. Y, finalmente, la STC 44/2023, de 9 de mayo, ha terminado por considerar la interrupción voluntaria del embarazo, al menos en los plazos señalados en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, un derecho de la mujer gestante amparado en el art. 10.1 CE, que consagra “la dignidad de la persona” y el “libre desarrollo de la personalidad”, y en el art. 15 CE, que garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral”, suponiendo la imposición de una maternidad forzada, dice dicha resolución, una instrumentación de la persona contraria al art. 15 de la CE.

³ La palabra «personalidad» es polisémica porque no tiene un valor técnico jurídico exacto en nuestro Derecho por lo que es imposible dar una noción técnica y unívoca de personalidad (CAPILLA RONCERO, 1995: 4871-4872). Así todo, la mayoría de la doctrina considera la personalidad como la cualidad de ser persona (STORCH DE GRACIA, 1987:1109; ALISTE SANTOS 2011: 85 y 89.) o la calidad de ser en el mundo del derecho (STORCH, 1987:1100) y, por tanto, entienden que es única porque se dirá la personalidad —cualidad de ser persona— es un quid simple mientras que la capacidad es un *quantum* por lo que «*se puede ser; como persona, más o menos capaz; pero no se puede ser más o menos persona. Persona se es o no se es: totalmente, radicalmente*» (STORCH, 1987: 1109).

⁴ Mas ampliamente sobre dichos antecedentes TRINCADO AZNAR, 2022: 222, n. 1258.

⁵ El CC al regular al *nasciturus* (arts. 627, 644.1, 745, 959-967) está pensando en la tutela de sus derechos patrimoniales (STORCH, 1987: 1113) aunque, como veremos en este trabajo, puede extenderse también a las relaciones personales o extrapatrimoniales.

⁶ En contra, considera GARCÍA RUBIO (2013: 92) que la nueva versión del art. 30 CC, donde desaparece la referencia a los «efectos civiles», implica que la consideración de persona del nacido con vida lo será a todos los efectos.

⁷ Así, como indica el AAP Madrid 11/2008, 9-1-2008 [núm. de recurso: 638/2007], la LEC de 2000 «regula la capacidad para ser parte en un proceso en el art. 6, reconociéndosela, entre otras, a las personas físicas, al concebido y no nacido y a las personas jurídicas». Como señala Lorca Navarrete: «con la LEC se da el paso que definitivamente se debió dar en 1881 al reivindicar para el Derecho procesal la autonomía conceptual de la personalidad procesal que nunca se debió ubicar en las fuentes civilistas» (2000:120).

⁸ Cabría argumentar, a favor de la derogación tácita del art. 29 CC por el art. 6.1.2 LEC, el argumento de que, si no se reconoce, ex art. 29 CC, al concebido capacidad jurídica sustantiva difícilmente podrían sostenerse pretensiones fundadas en nuestro Derecho favorables al concebido ya que el demandado alegaría inmediatamente falta de legitimación del concebido que interpone demanda (ALISTE, 2011:134). Este problema puede solucionarse de dos maneras: o reconociendo al nasciturus capacidad jurídica civil mediante la derogación tácita del art. 29 CC por el art. 6.1.2 (teoría que considero más aceptable) o considerando que el nasciturus tiene capacidad jurídica porque sigue vigente la Ley III, Tít. XXIII, P. IV (*ibid.* p. 135) lo que considero criticable porque la materia «*De las Personas*» ya ha sido regulado por el CC (Libro Primero) con mayor o menor detalle y con mejor o peor fortuna y, por tanto, toda la legislación anterior fue derogada (art. 1976 CC).

⁹ Dicha STS 22/01/1999 fue recurrida en amparo desestimando el TC dicho recurso por STC 50/2002, 25 de febrero de 2002 [ECLI: ES:TC:2002:50]. Reiteran la doctrina contenida en dicha sentencia del TS, la STS 2252/2001, 29-11-2001 [ECLI: ES:TS:2001:9375] y en nuestra jurisprudencia menor la SAP Madrid 271/2013, 1-4-2013 [ECLI: ES: APM:2013:6252] y el AAP Castellón 18/2018, 5-1-2018 [ECLI: ES: APCS:2018:4A]

¹⁰ STS 29/11/2001 (TOL2.047.036); STS de 22/01/1999, Sala 2.^a (TOL5.134.742).

¹¹ La regla se halla formulada en diversos textos romanos [p.ej. D. 1, 5, 7; D. 1, 5, 26; D. 50, 16, 231], pero —dice POLO ARÉVALO— el fragmento más claro al respecto es el contenido en las Instituciones de Gayo [I, 147] relativo a la tutela testamentaria al indicar que al póstumo se le puede designar tutor en testamento ya que «*in conpluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur*» (en POLO ARÉVALO, 2007: 725-726).

¹² En este sentido, por ejemplo, señala CABANILLAS que «*lo favorable ha de ser para el concebido y no para un tercero*» (2004).

¹³ Véase en dicho sentido la doctrina cit. por GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 488, n. 28.

¹⁴ Como señala Aliste el término del art. 7.3 LEC con el potencial simple «*representarían si ya hubieren nacido*» expresa que, dado que el *nasciturus* no ha nacido, no puede hablarse propiamente de representación por lo que comparecerán las personas que en un futuro próximo tendrán la representación, pero que ahora no la tienen [ALISTE, 1992: 145-146; en parecido sentido, ARROYO I AMAYUELAS niega que pueda existir representante del *nasciturus* porque la patria potestad sólo alcanza a los hijos nacidos no emancipados (1992: 47 y 48)].

¹⁵ En la RDGRN de 29-7-1999 [«BOE» núm. 217, de 10-9-1999] se debatió la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la cesión de una mitad indivisa de la vivienda familiar realizada por uno de los cónyuges en un convenio de separación aprobado judicialmente a favor de sus hijos (uno nacido y el otro concebido y no nacido). Pero el debate no se centró en si el *nasciturus* podía ser cesionario de dicho bien (que era obvio), sino solo si era exigible, al tratarse de inmuebles, escritura pública o bastaba testimonio de la sentencia de separación aprobando el convenio regulador. El Registrador había denegado la inscripción por no constar la cesión en escritura pública (art. 633 CC y 3 LH), pero la DGRN estimó el recurso gubernativo contra dicha calificación por diversas razones entre las que destacan, en primer lugar, que el convenio regulador de separación produce plenos efectos jurídicos una vez

aprobado judicialmente (art. 90 CC); en segundo lugar, que el contenido de dicho convenio no contenía cláusulas extravagantes o extrañas; y en tercer lugar, que tratándose de un convenio judicialmente aprobado no corresponde al Registrador en el ámbito de su función calificadora *«revisar ahora la procedencia de la inclusión en aquel de la cesión cuestionada ni, por ende, cuestionar su eficacia aisladamente considerada, máxime si se tiene en cuenta la unidad y recíproca interdependencia de las distintas previsiones que integran estos convenios»*

¹⁶ El representante no puede obligar al donante a entregarle hasta el nacimiento los bienes donados que, hasta ese momento, quedan en situación de pendencia. Si aun así el donante entrega voluntariamente los bienes donados antes del nacimiento y este no llega a producirse, se restituirán con los frutos y rentas generadas desde el momento de la entrega. Producido el nacimiento en las condiciones previstas en el art. 30 CC, la titularidad se consolida con eficacia desde la aceptación por parte de los representantes (*ibid.* pp. 380 y ss.).

¹⁷ Invoca dicho fundamento del art. 644.1 CC la STS 494/1989, 22-06-1989 [ECLI: ES:TS:1989:15716] que considera dicho precepto ajustado a la Constitución.

¹⁸ Disponía dicho artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad en la redacción derogada por la DD de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre que *«Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento»*

¹⁹ STS 30/06/2006. Sala: 3.^a Sección: 6.^a núm. recurso: 217/2005 TOL998.513.

²⁰ Dicha teoría de los cursos causales no verificables con la inversión de la *onus probandi* que conlleva fue aceptada por la STS [1] de 6-6-1997 que estimó la acción de responsabilidad derivada de una falta de información sobre una prueba practicada que había impedido a la progenitora abortar y abandonada por las SSTS de 4-2-1999 y 7-6-2002 en las que no se consideró probado que la madre, de conocer las malformaciones del feto, hubiera abortado.

²¹ Se oponen, entre otros, a admitir las acciones *wrongful life* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1999: 841-860; y MARTÍN-CASALS/SOLÉ FELIÚ, 2007: 517-544.

²² En el ámbito penal la SAP Castellón [3.^a] de 3-9-2002 (Roj: SAP CS 1013/2002) afirma que el hijo no nacido puede sufrir daño moral por la muerte de su padre porque, aunque *«no sufrió el provocado por la pérdida directa, sí sufrió el de la ausencia permanente de su padre con todo lo que emocionalmente ello conlleva, por tal motivo su daño moral también debe ser resarcido»*.

²³ No nos centramos, por no ser objeto de este trabajo, en la indemnizaciones que corresponda la gestante por pérdida del nasciturus en accidente de circulación si bien cabe señalar que el Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial sobre la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de circulación y protección de los Derechos de las víctimas en el Ámbito de la Siniestralidad Vial señala que *«Al igual que en caso de muerte la pérdida del nasciturus se resarce como perjuicio particular con un importe fijo en atención al tiempo de gestación sin que precise concurrir con otras lesiones o secuelas. La indemnización corresponde a la mujer embarazada, cuando sería más lógico que se reconociese a ambos progenitores por la repercusión en el proyecto de vida familiar que representa el feto. Recuérdese que en caso de fallecimiento de la embarazada la indemnización por pérdida del feto corresponde al cónyuge (art. 76).»* Vide también arts. 76 (Perjuicio particular por fallecimiento de víctima embarazada con pérdida de feto) y 111 (Pérdida de feto a consecuencia del

accidente) RD Leg. 8/2004 que se aprueba el TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

²⁴ SAP Córdoba 25.9.1997, cit. por GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 501, n. 95.

²⁵ Véase más ampliamente sobre el tema GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a: 502-503.

²⁶ En el mismo sentido, adopta medidas respecto del nasciturus o confirman o no revocan las ya adoptadas por el juzgado de primera instancia entre otras la SAP de Alicante [Secc. 4.^a]27/10/2005 (TOL855.173); SAP Las Palmas [3.^a], de 21/12/2007 (TOL7.353.817); SAP de Madrid, [24.^a]de 17/12/2009 [TOL1.952.406]; SAP Las Palmas [3.^a] 03/12/2014 (TOL4.780.662) donde alude a un convenio regulador que ya preveía medidas para la “nasciturus”; SAP Castellón [2.^a] de 11/01/2016 (TOL5.759.851); SAP Madrid [22.^a] de 08/10/2020 (TOL8.251.598); SAP [1.^a] Salamanca de 30/06/2021 (TOL8.609.612) sobre modificación de medidas;

²⁷ Así, entre otros muchos ejemplos, la SAP de Madrid, [24.^a] de 16/02/2010 (TOL1.870.381) recoge el fallo de la SJPI 23 de Madrid de 9-3-2009 que contenía una profusa relación de medidas que detalla (sobre guarda y custodia, ejercicio de la patria potestad, régimen de visitas, pensión de alimentos, gastos extraordinarios etc.) con relación al nasciturus. Asimismo, la SAP Madrid [24.^a] de 16/02/2004 (TOL7.800.345) recoge la parte dispositiva del auto del JPI 3 de Aranjuez de 4-9-2.003 que fijaba una pensión mensual de alimentos a favor del nasciturus de 400 euros mensuales a partir del momento de su nacimiento.

²⁸ Así CASTÁN VÁZQUEZ (1960: 167) quien señala que siendo la patria potestad una consecuencia de la filiación, no puede hablarse de patria potestad sobre alguien cuya filiación no puede establecerse porque, de admitirse, dicha patria potestad constituiría un poder sin sujeto pasivo, ya que no existe el hijo sobre el que debería ejercerse, y sin sujeto activo, puesto que no puede hablarse de padre al no haber paternidad.

²⁹ SAP Toledo, Sección 2.^a, núm. 315/2003 de 31 jul. 2003, Rec. 194/2003

³⁰ Así, p.ej. se muestran contrarios, *lege lata*, al acogimiento al *nasciturus* entre otros MAYOR DEL HOYO, 2012: 3330; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2000:282. No obstante, en posición minoritaria parece defender dicho acogimiento MÉNDEZ PÉREZ, 1991:141 y ss.

³¹ Véase en este sentido la doctrina citada por MAYOR DEL HOYO, 2012: 3230 n. 43.

³² Señala GUTIÉRREZ SANTIAGO que a pesar de que el art 172.1 pfo 2 al definir legalmente que ha de entenderse por situación de desamparo alude al «menor» y que el desamparo pareciera exigir un desprotección de hecho y real del menor incompatible con el hecho de que aún no haya nacido numerosas resoluciones administrativas, después ratificadas judicialmente, aprecian la situación de desamparo del nasciturus cuando las condiciones económicas, laborales, psicológicas o familiares de sus progenitores no permiten garantizar que aquellos puedan hacerse cargo del futuro hijo. (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a:510-511).

³³ Existen numerosos otros ejemplos en nuestra jurisprudencia menor que resuelven sobre oposiciones de la madre biológica a resoluciones administrativas que acordaban el desamparo preventivo del nasciturus y su retención hospitalaria. Así por ejemplo la SAP de Girona [2.^a] 19/04/2021 TOL8.480.345 desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica contra la sentencia de primera instancia que confirmaba las resoluciones administrativas de desamparo preventivo del nasciturus. O la SAP de Girona [2.^a] 08/07/2021 [TOL8.573.329] estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica contra la sentencia de primera instancia que confirmaba las resoluciones administrativas de desamparo preventivo del nasciturus atribuyendo a la progenitora demandante un régimen de visitas para con su hija menor, de hora y media en sábados alternos.

³⁴ Así señala NANCLARES VALLE (2011:650) que, aunque la cuestión es discutible, «admitir la creación de nuevas excepciones (más allá de las previstas en el propio art. 122 CC) a la aplicación de una norma prohibitiva como ésta podría contradecir la intención del legislador y desvirtuar el sentido de la norma».

³⁵ Mas ampliamente sobre dicha sentencia en GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013-a:513.

³⁶ No obstante, pueden verse apuntadas más teorías intermedias en DE CASTRO, 1984:398 n. 3.

³⁷ RDGRN de 23 de mayo de 2007 [BOE de 15-6-2007]. En el mismo sentido, RDGRN de 31 de marzo de 1992; RDGRN de 12 de julio de 1993; RDGRN de 7 de septiembre de 2001 y de 7.9.2001 y 26.12.2002.

*Trabajo recibido el 4 de mayo de 2023 y aceptado
para su publicación el 10 de julio de 2023*